



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 84/2009

2ª CÂMARA

SESSÃO DE 08/02/2010 – 26ª Sessão Ordinária

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/2960/2008

AUTO DE INFRAÇÃO: 2/200808848

AUTUANTES: ALTANIR FERNANDES BORGES NETO - MAT.: 497.605-1-5

JOSÉ JAIME DO VALE - MAT.: 106.095-1-2

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: JOSÉ DIAS DE ALENCAR

CONS. RELATOR: JOSÉ MOREIRA SOBRINHO

EMENTA: ICMS - DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO - AUSÊNCIA DE TERMO DE RETENÇÃO - ATO EXTEMPORÂNEO - NULIDADE. Uma vez que as infrações apontadas na inicial (CFOP, CNAE, descrição das mercadorias) eram passíveis de reparação, obrigatória era a lavratura de Termo de Retenção a fim de permitir ao contribuinte prazo para sanar as irregularidades suscitadas. Quanto a acusação de preço inferior ao praticado no mercado, não há prova documental que a sustente. Assim, Tendo em vista que a Autoridade Fiscal lavrara o Auto de Infração sem que antes tivesse lavrado o Termo de Retenção, configurada está a prática de ato extemporâneo, razão pela qual é nulo o procedimento em questão. Decisão amparada nos arts. 25, inc. XIV; 131, inc. III; 170, IV, "b"; 831, §§ 1º e 3º, do Dec. nº 24.569/1997 e art. 53, § 2º, inc. III, do Decreto nº 25.468/99. Recurso judicial conexo e desprovido, conforme Parecer da Consultoria Tributária adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Unanimidade de votos.

RELATÓRIO

O relato da infração em apreço acusa o Autuado de remeter mercadoria com documentos fiscais inidôneos por conter CFOP indicativo de venda de mercadoria de terceiro, quando as mercadorias seriam de fabricação própria da empresa, e em virtude dos preços serem inferiores aos praticados no mercado.

Informações Complementares ao Auto de Infração além de confirmar os fatos apresentados no relato da infração, traz a bailia a informação de que o CNAE do Autuado era identificador de comércio varejista, o qual não guarda compatibilidade com a produção de bens.

No referido documento afirma-se ainda que as notas fiscais que albergavam o trânsito das mercadorias eram inidôneas por não descreverem com exatidão os produtos.

Indica como dispositivos legais infringidos os arts. 127 e 131 do Decreto nº 24.569/97. Como penalidade sugere a inserta no art. 123, III, "a", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Instruem o presente processo os seguintes documentos: Informações Complementares; Certificado de Guarda de Mercadorias nº 217/2008; Notas Fiscais emitidas pela autuada nºs 5617, 5651, 5612, 5615, 5616, 5638, 5652, 5614, 5635 e 5636; Cópias das etiquetas de algumas peças de roupas, nas quais estão em destaque o CNPJ nº 72.092.638/0001-00, pertencente ao Autuado; Cópia dos documentos do automóvel transportador e seu motorista; Cópia do Mandado de Notificação, da Decisão Interlocutória que determinou a liberação da mercadoria e da inicial do Mandado de Segurança nº 2008.0022.1630-9, todos acostados às fls. 03/56.

Defesa Administrativa, às fls. 60/75, alega em síntese que as notas fiscais consideradas inidôneas albergavam o trânsito de mercadoria adquirida pelo Impugnante de terceiros que a fabricavam, conforme demonstra as notas fiscais manifesto nºs 00082, de 30.06.2008 e 00095 de 01.07.2008, mas que por uma estratégia de marketing a identificavam com a marca COLÍRIO e o CNPJ da Impugnante, o que não causava prejuízos ao Fisco.

Alega, ademais que os preços por ele praticados são típicos de comércio atacadista de produtos da categoria D. Ao final requer que o presente auto seja julgado improcedente.

A decisão do insigne Julgador Monocrático, às fls. 77/83, entendeu pela nulidade da ação fiscal, sob o fundamento de

que a Autoridade Fiscal estava impedida de lavrar o presente auto de infração, considerando que a irregularidade de que tratava o presente auto de infração era passível de reparação, já que não implicava em supressão ao pagamento de imposto. Nessas circunstâncias, a Autoridade Fiscal antes de lavrar o Auto de Infração deveria lavrar o Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais a que estava obrigado, a fim de permitir ao contribuinte sanar as irregularidades apontadas.

No mesmo ato, interposto Recurso Oficial por força do disposto no art. 44, inc. I, da Lei nº 12.732/97.

A Consultoria Tributária, em Parecer de nº 312/2009, apresentou o seu entendimento, que dormita às fls. 88/89, pelo conhecimento ao recurso oficial, negando-lhe provimento para confirmar a decisão declaratória de nulidade proferida em Primeira Instância, recebendo a chancela da douta Procuradoria Geral do Estado, às fls. 90.

Eis o Relatório.

VOTO DO RELATOR

Consoante anteriormente anunciado, o presente processo tem como objeto a acusação de remessa de mercadoria com documentação fiscal inidônea.

A acusação fiscal em apreço sustenta-se em 4 (quatro) pilasstras: o CFOP constante nas notas fiscais ser indicativo de venda de mercadoria de terceiros, quando se tratava de mercadoria de produção própria, já que conforme demonstrado nos autos, as etiquetas dos produtos apreendidos continha o CNPJ da Recorrida; o CNAE da empresa, comércio varejista, não comportar a produção de mercadorias de qualquer sorte; os preços dos produtos serem inferiores aos praticados no mercado; e a ausência de descrição exata dos produtos comercializados.

A priori, deve-se observar que, nos termos do art. 831, §3º, as irregularidades apontadas são todas sanáveis considerando que não implicavam em prejuízo a arrecadação fiscal.

Art. 831. Estará sujeito à retenção a mercadoria acompanhada de documento fiscal cuja irregularidade seja passível de reparação.

§3º. Entende-se por passível de reparação a irregularidade que apresente erro resultante de omissão ou indicação indevida de elementos formais que, por sua natureza, não implique falta de recolhimento imposto.

O fato do CFOP apostado na notas ser o de nº 6102 que indica venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiro, mas nas etiquetas das peças constar o CNPJ do Recorrido é um forte indicativo da ocorrência de inração à legislação tributária, todavia, a referida irregularidade ainda que demonstrada não implicaria falta de recolhimento do ICMS.

Do mesmo modo é a irregularidade referente ao CNAE do Recorrente que a princípio não autorizaria a produção de mercadorias, todavia, no presente caso da irregularidade em apreço não resulta prejuízos ao Fisco.

No que concerne ao preço, verifica-se que não há elementos que permitam a validade dessa acusação. A imputação dessa acusação deveria ser fundamentada, nos termos do art. 25, inc. XIV do RICMS, em pesquisa de mercado que demonstrasse a disparidade entre os preços indicados nas notas fiscais e aqueles praticados no mercado.

Art. 25. A base de cálculo do ICMS será:

XIV – na hipótese de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, ou sendo este inidôneo, o valor desta no varejo ou, na sua falta, o valor a nível de atacado na respectiva praça, acrescido de 30% (trinta por cento, na inexistência de percentual de agregação específico para os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária.

Na ausência da referida pesquisa têm-se por insubsistente a referida acusação.

Por fim no que concerne à descrição dos produtos apontada como inexata, verifica-se que essa descreve com precisão e clareza seus produtos. Saliente-se inclusive que a descrição dos produtos constante nas notas é similar àquela do Certificado de Guarda de Mercadoria com a diferença que nesse apontou-se a matéria-prima de cada um deles.

Entretanto vale destacar que esse dado, ou seja, a composição do produto, não é essencial à sua identificação, pois conforme o art. 170, inc. IV, "b" do RICMS, a nota fiscal deverá conter elementos que permitam a identificação do produto e ainda conforme o art. 131, inc. III, são inidôneos no que concerne a declaração dos produtos, os documentos fiscais que contenham declarações inexatas, ou seja, erradas por não guardarem compatibilidade com a operação.

Art. 170. A nota fiscal conterà, nos quadros e campos próprios, observada a disposição gráfica dos modelos 1 ou 1-A, as seguintes indicações:

IV – no quadro “dados do produto”:

b) descrição dos produtos, compreendendo: nome, marca, tipo, modelo, série, espécie, qualidade e demais elementos que permitam sua perfeita identificação;

Art. 131. Considerar-se-á inidôneo o documento fiscal que não preencher os seus requisitos fundamentais de validade e eficácia ou que for comprovadamente expedido com dolo, fraude ou simulação ou, ainda, quando:

III – contenha declarações inexatas ou que não guardem compatibilidade com a operação ou prestação efetivamente realizada;

No presente caso observa-se que a descrição das notas fiscais não só não contem declarações falsas ou inexatas como permite a perfeita identificação dos produtos.

Ainda que a descrição em apreço efetivamente contivesse declarações inexatas, tratar-se-ia de irregularidade que assim como as retro analisadas não causariam prejuízo a arrecadação, razão pela qual, e nos termos do art. 831, §1º e 3º do Decreto nº 24.569/97, deveria ter a Autoridade Fiscal lavrado o competente Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais a fim de oportunizar ao contribuinte prestar esclarecimentos e sanar irregularidades no prazo regulamentar de 03 (três) dias antes de proceder a lavratura do auto de infração.

Art. 831. Estará sujeito à retenção a mercadoria acompanhada de documento fiscal cuja irregularidade seja passível de reparação.

§1º. Configurada a hipótese prevista neste artigo o agente emitirá Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais, Anexo LXII, notificando o contribuinte ou responsável para qu, em 03 (três) dias sane a irregularidade, sob pena de, não o fazendo, submeter-se à ação fiscal e aos efeitos dela decorrentes.

No presente caso, todavia, a despeito do supracitado dispositivo legal e do caráter das irregularidades identificadas pela Autoridade Fiscal, o auto de infração foi lavrado sem que antes na forma regulamentar tivesse sido lavrado Termo de Retenção de Mercadorias e Documentos Fiscais.

Uma vez que não foi lavrado o referido termo e tendo a Autoridade Fiscal lavrado o auto de infração em apreço, a mesma agira impedida, consoante disposto no art. 53, §2º, inc. III, do Decreto nº 25.468/99 por prática de ato extemporâneo, razão pela qual o referido ato é nulo.

Art. 53. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

§2º. É considerada autoridade impedida:

iii - pratique ato extemporaneo ou com vedação legal.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Oficial, negando-lhe provimento, a fim de confirmar a decisão declaratória de nulidade proferida em sede de julgamento de 1ª Instância de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o meu VOTO.



DECISÃO

...sios. reiatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO 1º INSTÂNCIA** e Recorrido **JOSÉ DIAS DE ALENCAR**.

RESOLVEM, os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **declaratória de nulidade** proferida em 1ª instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DE SESSÕES DA 2ª CÂMARA DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 08 de março de 2010.


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Silvana Carvalho Lima Petelinikar
CONSELHEIRA


Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO


Sandra Maria Tavares M. de Castro
CONSELHEIRA

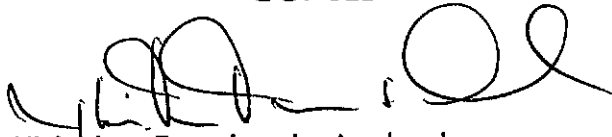

José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO-RELATOR


Francisca Marta de Sousa
CONSELHEIRA


Jeriza Gurgel Holanda Rosário Dias
CONSELHEIRA


Ana Maria Martins Timbó Holanda
CONSELHEIRA


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO